

A FUNÇÃO SOCIAL E A INOPONIBILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Luiz Gustavo de Oliveira Ramos*

RESUMO: O confronto entre a função social e a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus*, uma das cláusulas exorbitantes admitidas aos contratos celebrados pela Administração Pública, é o objeto deste estudo, motivado pela possibilidade de invocação dessa prerrogativa afrontar direitos socioeconômicos, especialmente no cenário corrente de avanços, de incorporação de técnicas de gerência e controle modernas - ampliando o conceito de Estado estruturado -, de maior presença do Judiciário e sua inafastabilidade. Prima-se entender o alcance desta cláusula nas relações contratuais que a Administração estabelece com particulares sem afrontar o viés social mínimo necessário e compreender a noção de interesse público; tais circunstâncias parecem estabelecer uma certa inquietude na doutrina e na jurisprudência pátria, ponderando-se que a última tem reiteradamente ratificado o uso dessa e de outras cláusulas, porém impondo novos limites. O presente estudo assumirá uma abordagem bibliográfica, tendo a legislação e a doutrina pátria como principais vetores.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Exorbitantes. *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. Função Social. Contratos Públicos.

INTRODUÇÃO

As cláusulas exorbitantes proporcionam à Administração Pública certa vantagem quando estabelece relações contratuais com terceiros particulares ou entidades administrativas. A relevância dessas cláusulas embasa-se na (I) necessidade de uma eficiente prestação de serviços, efetivação de obras e aquisição / fornecimento de bens que visem

* Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela FaSe, Faculdade Estácio de Sergipe, Aracaju/SE; Graduado em Direito pela FaSe, 2011; Pós-graduado em Docência no Ensino Superior pela FaSe, 2009; Graduado em Sistemas de Informação pela UNIT, Universidade Tiradentes, 2005, Aracaju / SE. E-mail: lugusth@gmail.com.

alcançar o bem-estar social e na (II) submissão de quem deve zelar pela coisa pública ao princípio da supremacia do interesse público perante o particular, fundamento recorrente na doutrina - espinha dorsal do regime jurídico administrativo. Reside, inclusive, na própria noção de interesse público uma certa celeuma, abordada mais adiante.

Regidos especialmente pela Lei 8.666 de 1993, os contratos públicos são hoje os principais instrumentos disponíveis para a Administração Pública exercer grande parte de suas competências, estabelecidas principalmente pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, das quais o Estado não pode esquivar-se por força de normas-princípios, como a legalidade administrativa, e dos fundamentos histórico-jurídico-sociais que legitimam sua existência.

Com o advento do Estado Social, todavia, passou-se a existir uma real necessidade de transferência, especialmente para pessoas jurídicas de direito privado, da execução de serviços, obras e fornecimento de bens, mediante contrato e processo licitatório, necessários ao funcionamento da máquina estatal, por se compreender que a estrutura da Administração, embora robusta, não seja capaz de atender ao crescente numerário de administrados e garantir o mínimo essencial em prol da dignidade da pessoa humana; tarefa nada fácil que comumente esbarra nos discursos retóricos da reserva do possível.

Para Moreira Neto (2007, p.437), a ampliação de um espaço público não estatal, condicionou o Estado a concentrar-se no desempenho das atividades essenciais, que lhe são próprias, e buscar a sociedade para atuação de inúmeras formas no campo econômico, “ante a percepção de que é cada vez mais aguda a escassez de recursos públicos para realizar investimentos necessários”.

Neste recitar, houve a necessidade de se construir mecanismos que permitissem uma eficiente atuação da Administração Pública, dentre os quais, excedentes ao direito comum, a imposição de certas vantagens nas relações contratuais, que logo passaram a ser reconhecidas como cláusulas exorbitantes¹.

O presente texto não adentrará no vasto solo de discussão permeado pelo elenco das cláusulas derogatórias, contudo, dentre as convidadas, uma parece ser a protagonista, sob os holofotes deste estudo, pois, ao falar-se de contratos e função social, a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* é a que mais aparenta bater de frente com

a paridade de defesas e equilíbrio contratual, terreno aberto para o exercício desmoderado de gestores, notadamente nos contratos privados da administração, segundo os fundamentos e argumentos que serão apresentados no decorrer deste artigo.

Aparenta, *a priori*, (I), pois, blindar uma parte contra a defesa de outra parece desequilibrar a relação contratual e a invocação da cláusula através de uma mera fundamentação na supremacia do interesse público, de forma absoluta e sem preservar garantias individuais, tende a afrontar a boa-fé objetiva.

Aparenta (II) afrontar, pois há situações, geradas pela inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, que transpassam o proporcional e o razoável quando a Administração Pública invoca a referida cláusula sob o manto do interesse público, podendo levar o particular a suportar uma carga que a primeira vista não condiz com a função social dos contratos, ou seja, de forma irrazoável desequilibra a relação, exorbitante ao próprio direito administrativo.

1. A CLÁUSULA “*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*”

Em termos de conceituação, com base civil, Gagliano e Filho (2008, p.255) pronunciam que “a exceção do contrato não cumprido consiste em um meio de defesa pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato de outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente”.

Para Carvalho Filho (2009, p.189), a exceção do contrato não cumprido significa que “uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua”.

Embora a conceituação para a esfera do direito público pouco diferencie-se da privada, a cláusula naquela seara é mitigada em relação ao particular contratado, não podendo esquivar-se da prestação de serviço ajustado ainda que a Administração mantenha-se inadimplente.

O sustento teórico, fundamento mais exteriorizado, é o princípio da continuidade, derivado da supremacia do interesse público, sendo mais importante que o interesse particular, no entender de Carvalho Filho (Op. Cit., p. 189).

A exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* -, usualmente invocada

nos ajustes de Direito Privado, não se aplica, em princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado [...] Impede-o (o particular, grifo nosso) o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo (MEIRELLES, 2010, p.220).

Quanto ao cabimento da exceção do contrato não cumprido, é interessante conhecer a posição da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, que no Informativo 430 (abril de 2010) desta Corte, expôs:

[...] segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro [...]. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial (REsp 981.750-MG).

A inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em face da Administração Pública como regra é um dos notáveis exemplos de demonstração de poderes, privilégios, expressão de Carvalho Filho (2009, p.185), admitidos aos contratos públicos, cuja teorização buscou fundamento na proteção ao interesse público e a não sujeição a possíveis prejuízos que porventura venham existir “se, cumprindo sua parte a priori,

o particular não o faria a posteriori”, admitindo-se que a Administração obste-se do “dever de cumprir suas obrigações sem que o particular contratado o faça anteriormente”, como elucida Padilha (2009).

Até pouco tempo atrás, o contratado submetia-se a uma imposição total de não invocar a exceção contra a Administração Pública e continuava assumindo os riscos e ônus da prestação do serviço público, execução de obra ou fornecimento diante do interesse público que não poderia, em hipótese alguma, ser maculado. A regra, portanto, era que a Administração poderia invocar em absoluto esta exceção face ao contratado, mas o inverso era defeso, mesmo nos contratos da administração, regidos pelo direito privado.

Entretanto, o rigor da inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* contra a Administração, como explicitam Meirelles (2008, p.219) e Di Pietro (2008, p.260), com o passar do tempo veio sendo atenuado pela doutrina e jurisprudência em alguns casos. Citam: 1) quando a inadimplência do Poder Público cria um encargo extraordinário e insuportável por um longo tempo, forçando o contratado a financiar o objeto do contrato por conta própria; 2) quando a inadimplência da Administração impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou obra, nas situações que exigem primeiro uma atuação daquela, sem a qual o contrato não possa caminhar; 3) quando o contrato não tenha por objeto a execução de um serviço público, não se aplicando o princípio da continuidade.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *Exceptio Non Adimpleti Contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Nesse, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incube, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo

para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida (DI PIETRO, 1998, p.232).

A legislação geral dos contratos públicos, Lei 8.666 de 1993, traz as situações em que o particular poderá suspender a execução do contrato no Art. 78, incisos XV e XVI. Porém, a doutrina e jurisprudência não permitiram que este rol fosse considerado taxativo, e ao contrário, adicionaram construções que também proporcionariam ao particular o direito invocar tal exceção. Segundo Carvalho Filho (2009, p.190), em situações especiais,

se o prejudicado, mesmo antes do prazo (90 dias, grifo nosso), ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico.

Entretanto, embora autorizada pela legislação ou pela doutrina/jurisprudência, entende-se que esta suspensão não poderá acontecer logo que a Administração Pública suste sua contraprestação. Deve, em princípio, ocorrer:

[...] após o particular requerer, administrativa ou judicialmente, podendo cumular com a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Isso porque a Lei nº 8.666 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração, nos termos do seu art. 79, inciso I, não dando tal faculdade ao contratado (SANTOS, 2009).

Interessante notar que, para alguns doutrinadores, a via judicial é a única saída. Neste sentido enfatiza Carvalho Filho (2009, p.190):

Ocorrendo tal situação excepcional, o interessado pode recorrer à via judicial e, por meio de ação cautelar, formular pretensão no sentido de lhe ser conferida tutela preventiva imediata, com o deferimento de medida liminar para o fim de ser o contratado autorizado a suspender o objeto do contrato, evitando-se que futuramente possa a Administração inadimplente imputar-lhe conduta culposa recíproca. Segundo nos parece, esse é o único caminho a ser seguido para impedir que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete de sua própria torpeza.

Outrossim, é relevante perceber que a jurisprudência vem ampliando a necessidade de instauração de um processo administrativo, antes do Poder Público promover a rescisão unilateral do contrato. Há a necessidade de averiguar primeiro a responsabilidade contratual, sob pena de enriquecimento ilícito de qualquer das partes, o que é amplamente vedado pelo ordenamento jurídico. Assim podemos extrair do seguinte julgado:

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELO MUNICÍPIO, SEM A INSTAURAÇÃO DE REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROVA NOS AUTOS A INDICAR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO EM SALDAR A PARTE CONCLUÍDA DA OBRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA PRESTAÇÃO PARCIAL DA OBRA CONTRATADA.

Havendo prova substancial da dívida, e reconhecimento por parte da Administração, por parte do Secretário Municipal responsável à época dos fatos, confirmando ter a contratada concluído parte da obra, não pode esta última furtar-se ao pagamento do serviço prestado, na parte concluída, sob o argumento de rescisão unilateral do contrato,

sem a realização de procedimento administrativo para tanto, sob pena de configurar caso de enriquecimento ilícito da Administração. Prova dos autos a indicar a inadimplência de obrigações assumidas pela Municipalidade, no tocante a preparação do terreno para a realização das obras. Aplicação do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*. Ante a verificação da culpa concorrente do Município para a inexecução do contrato, impõe-se a ele o dever de liberar os valores caucionados pela autora, como garantia do contrato. Procedência parcial da ação. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO, COM EXPLICITAÇÃO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70013774120, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 26/04/2006).

Não é novidade que certas atuações de gestores públicos possam trazer à tona interesses no mínimo diversos dos relevantes à coletividade, porém revestidos por um manto chamado “interesse público”. Valendo-se da estrutura estatal e da política representativa, os gestores podem fazer prevalecer, especialmente em forma de eloquentes discursos, os próprios interesses, sendo de difícil prova a afronta à finalidade pública.

Daí já se aponta uma importante razão para submeter a Administração Pública à necessidade de instauração de um processo administrativo antes de invocar, especialmente, a rescisão unilateral do contrato, produzindo-se prova da concretude do interesse público, ou seja, da real conveniência e oportunidade, da impropriedade da prestação do particular e do prejuízo ou dano à sociedade, dentre outras situações que poderiam ser levantadas.

2. A FUNÇÃO SOCIAL, OS CONTRATOS PÚBLICOS E O INTERESSE PÚBLICO

Um particular, v.g., pessoa jurídica ainda se consolidando no mercado competitivo, faz grande investimento e preparativos para vencer uma licitação, do tipo técnica e preço na modalidade concorrência, e, logo que vencida, mais outros para executar a demanda. Pouco tempo após

o início da prestação do contrato é surpreendido pela Administração Pública que susta sua contraprestação, rescinde o contrato unilateralmente e fundamenta sua decisão com base no interesse público; ou, em outra possibilidade, apropria-se do objeto do contrato. Neste cenário, estaria o particular correndo possíveis riscos financeiros e, talvez, nem as devidas indenizações pudessem esquivá-lo de um dano maior. No bem dizer de Pietro (2010, p.271), na hipótese de interesse público, “rescindindo antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado”.

Não se questiona aqui a autonomia da vontade, preservada precipuamente, visto não existir a obrigação de o particular participar da licitação, submetendo-se às regras do edital; menos ainda a necessária adjudicação do objeto do contrato, dada a discricionariedade da Administração Pública, que pode retroceder com fulcro na conveniência e oportunidade. A problemática surge a partir da efetiva adjudicação e a assinatura do contrato; do respectivo início da execução e do prazo que a legislação oferece para o particular opor, se for o caso, nas situações previstas, a exceção do contrato.

Questionando-se sobre a possibilidade de o particular invocar a *Exceptio Non Adimpleti Contractus* em face da Administração Pública, ponderam Gagliano e Filho (2008, p.262), que a comunidade de fato não pode ficar prejudicada pela paralisação da execução de um serviço necessário, mas por outro lado não se afigura justo beneficiar-se o Estado à custa do particular, em situações onde se deveria averiguar a razoabilidade da prestação, levando em conta a desproporção entre o sacrifício e o interesse público pretendido, podendo “impossibilitar a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico de tal monta que não seria razoável exigir que o mesmo fosse suportado”.

Diante do confronto entre a função social e a cláusula em foco dois grandes problemas surgem e devem ser analisados: (I) há fortemente na doutrina uma distinção entre (a) contratos administrativos, totalmente inseridos no regime jurídico de direito público e por vezes entendidos não como contratos propriamente ditos, mas como atos administrativos unilaterais e (b) contratos da administração, adotando-se a teoria mista, regidos por um direito privado mitigado, já que a legislação pertinente aos contratos públicos, no artigo 62, § 3º, inciso I da Lei 8.666 de 1993, permite a presença das cláusulas exorbitantes nestes últimos, ainda que

a Administração Pública aceite celebrar contratos regidos pelo direito comum, v.g., contratos de locação para alocação de uma repartição pública, de compra e venda, de doação, de permuta e outros do gênero. (II) A fundamentação para a invocação das cláusulas exorbitantes em torno do princípio da supremacia do interesse público, questionando-se *a priori* se o mesmo de fato trata-se de uma norma-princípio, ainda que implícita, e a complexa noção do interesse público.

2.1. PROBLEMA 1 – OS CONTRATOS PÚBLICOS

O primeiro problema tem origem na própria doutrina, quanto à conceituação e distinção de contratos públicos. Existem ao menos três teorias sobre a origem dos contratos públicos, não sendo as mesmas objeto deste estudo, no entanto, a teoria amplamente adotada, conhecida como teoria mista, defende que a Administração pode celebrar contratos totalmente regidos pelo direito público e também contratos de direito privado, embora mitigado. Justamente no ponto atenuado do direito privado que reside certa dificuldade de diferenciação entre os contratos administrativos, como bem versa Pietro (2010, p.256):

Embora de regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria.

Não parece razoável que contratos celebrados perante o regime privado, em que se deveria prevalecer a bilateralidade - contratos são atos jurídicos bilaterais -, sejam derogados ao ponto da “Administração Pública utilizar-se essencialmente de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum, tais como as prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo”, segundo PIETRO (Op. Cit., p.254), ainda que o objeto do contrato seja comum, comerciável, com afastamento do princípio da continuidade, impondo-se ao particular, v.g., mero locador, a possibilidade de ver seu bem imóvel sediando uma repartição pública sem a devida contraprestação pecuniária, inclusive de

difícil aferição do interesse público na inadimplência da Administração.

A questão apontada ganha maior relevância - ainda que nos contratos de regime jurídico de direito público -, diante da invocação das prerrogativas que, em tese, deveria ocorrer com base na proporcionalidade e razoabilidade, pois aparenta o inverso e imoderado em relação ao particular locador.

Quanto à compatibilização da função social com a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, há de se analisar que de fato certas competências públicas não podem ser promovidas por contratos sem prerrogativas especiais, pois, visando-se a persecução do bem-estar social, não poderia a Administração ficar a esperar pelo particular, sem que diante da situação possa ter um maior controle, afinal são atividades estatais próprias. Todavia, ainda que se mencione contrato administrativo, cujo objeto é um serviço ou obra pública essencial, o cumprimento ou não da função social deve ser aferido na própria atuação da Administração Pública, observando a razoabilidade e a proporcionalidade, como também na fundamentação da decisão que suspende a contraprestação ou mesmo rescinde o contrato.

Neste sentido, entende Mello (2007, p.609) que o contrato puro e simples jamais poderia ser a via idônea para propiciar ao administrado senhoria sobre a disponibilidade de serviço ou utilização de bem público, pois não se poderia envolver em uma relação contratual um bem ou serviço fora do comércio, ou seja, não passível de ser um objeto de avença.

Por outro lado, a Lei 8.666 de 1993, estendeu as principais prerrogativas da Administração aos contratos por ela celebrados perante o regime jurídico de direito privado, porém, não determina o momento e em qual medida aquelas poderiam ser invocadas, abrindo espaço para que gestor decida, de forma discricionária, quando invocar. Trata-se, portanto, de uma situação temerosa por, inclusive, afrontar a segurança jurídica.

Observando-se que a função social visa aproximar as partes, objetivando a boa-fé, o equilíbrio, evitando-se o abuso de direito e enriquecimento ilícito, torna-se inaceitável deixar um contrato de direito privado, mesmo regulando um objeto de menor complexidade, sem uma normatização mais objetiva e clara, pondo na mão de uma das partes um poder decisório desmoderado. Encontra-se dificuldade de compreensão quanto ao interesse público no inadimplemento da Administração Pública, inserindo-se, ademais, nesta questão a atual face

que o Estado moderno possui nas grandes Democracias, ou seja, com grande autonomia gerencial, administrativa, orçamentária, tributária, financeira e funcional.

Na pertinente lição de Medauar (2009, p.221), cabe à Administração tomar todas as providências ao seu alcance para que o contrato seja bem executado, competindo à mesma o atendimento do interesse público. Portanto, excluindo-se as faltas do particular - que autorizem outras atitudes como a rescisão unilateral, v.g., -, a Administração tem que promover o planejamento orçamentário, a licitação, a contratação, a fiscalização e os pertinentes procedimentos para acompanhar a execução do contrato de início ao fim, não fazendo sentido que por culpa da mesma, invoque as prerrogativas diante do manto acalentador do interesse público.

2.2. PROBLEMA 2 – A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

O segundo problema parte da própria fundamentação do interesse público. É notório que maior parte da doutrina brasileira sustenta a presença da supremacia do interesse público como princípio implícito ao texto constitucional. A forte participação de renomados doutrinadores na defesa deste princípio parece o tornar algo incontestável. Na parte que toca este texto, é o principal fundamento das cláusulas exorbitantes.

A problemática, entretanto, reside na própria noção de interesse público e, em qual medida, pode ser protegido o interesse individual e se realmente pode ser considerada uma norma-princípio: a supremacia do interesse público perante o privado.

Quanto à noção, Celso Antônio Bandeira de Mello rejeita qualquer dissociação completa entre os conceitos (público e privado). Para este autor (2010, p.181), a noção de interesse público não é tão simples, não podendo ser considerada uma categoria contraposta à de interesse privado, individual. É, no entanto, para o autor, acertado afirmar que o interesse público representa o interesse do todo, do conjunto social, não se confundindo ainda com o somatório dos interesse individuais; todavia não é autônomo, posto que não é desvinculado dos interesses de cada umas das partes que compõem o todo. Para Mello (2010, p.182) interesse público nada mais é que “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”.

Outrossim, defende Celso Antônio Bandeira de Mello (Op. Cit., p.182) que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público, posto que o Estado, além de subjetivar aquele interesse, é pessoa jurídica, no universo jurídico concorrente com todos os demais sujeitos de direito, e pode ter interesses que lhe são particulares, concebidos em suas meras individualidades encarnadas no Estado enquanto pessoa. Contudo, esses últimos interesses não são públicos e similares, não iguais, aos individuais, pois o Estado só pode defender seu interesse privado, secundário, quando não se chocar com os interesses públicos propriamente ditos, primários, e coincidir com a realização deles.

Gustavo Binenbojm (2008, p.70) critica a posição do clássico doutrinador supracitado questionando o sentido da prevalência de um interesse se um não é mais que uma dimensão do outro. Afirma, ainda, que “a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado [...]: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?”.

Para Hely Lopes Meirelles, interpretado por Gustavo Binenbojm (Op. Cit., p.71), “o direito privado e público encontrariam na relação entre seus sujeitos de direito a sua principal distinção, visto que o primeiro basear-se-ia na paridade entre referidos sujeitos, [...] o segundo pautaria dita relação no princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado”. Nota-se que estão bastante difundidas na doutrina argumentações que procuram justificar a existência de privilégios e prerrogativas para a Administração Pública com base no referido interesse público, enquanto princípio sempre a ser observado.

Defende-se que as normas administrativas, na iminência de um conflito entre o direito do indivíduo e o da coletividade, sustentam a prevalência do interesse público, uma vez que a finalidade crucial da Administração Pública é a persecução do bem comum, bem-estar social.

Todavia, a ideia, de sempre prevalência do interesse público perante o particular, parece confrontar-se com a técnica de ponderação de princípios, enquanto parâmetro para a definição de norma-princípio, e a própria Constituição Federal - enquanto garantidora e também restritiva de direitos individuais, como artéria sensível da própria dignidade da pessoa humana -, aponta claramente não ser possível que um considerado princípio afaste totalmente outro.

Com efeito, na Constituição são encontrados os fundamentos para a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais podem ser restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio e (II) a medida da restrição, conforme permitida pela Constituição, é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência a priori do coletivo sobre o individual (BINENBOJM, 2008, p.75).

Observando que a Constituição brasileira está voltada para a proteção dos interesses individuais com base em princípios, considerando-se a supremacia do interesse público também um princípio, seria insustentável a subsunção do primeiro, pois o estaríamos considerando como uma mera norma-regra, afastando-se completamente da ponderação, ainda que nenhum seja efetivamente retirado do ordenamento jurídico diante de uma colisão. Todavia, a doutrina majoritária parece sustentar que na presença de um conflito entre o interesse individual e o público, deve esse último sempre prevalecer. Para Binenbojm (Op. Cit., 76), interpretando Humberto Bergman Ávila, “fica claro o divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos”.

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que “o princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: a uma, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; a duas, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e a três, por demonstrar-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional (BINENBOJM apud HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, 2008, p. 76).

Moreira Neto (2007, p.438), interpretando Sabino Cassese, destaca que “nenhum interesse é, em tese, absoluto, nem goza, essencialmente, de supremacia, pois a sua proteção jurídica dependerá sempre do juízo de ponderação de interesses”.

Há uma interessante ponte entre o interesse público e a função social, no sentido de buscar uma certa proporcionalidade entre os interesses das partes na relação de um contrato, observando-se a dicotomia público/privado. Todavia, ainda que haja inúmeros argumentos em defesa da supremacia do interesse público, ainda que a doutrina majoritária defenda privilégios para a Administração Pública com aquele fundamento, o interesse privado não pode severamente ser ignorado, tolhido.

Não há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato da fórmula pré-concebida presente no “princípio” ir de encontro ao dever de fundamentação (“dever de explicitação das premissas”) a que se sujeitam os Poderes do Estado (BINENBOJM, 2008, p.78).

Não parece suficiente crer que a Administração Pública estaria atendendo à função social do contrato sob o fundamento de uma não bem definida noção de interesse público.

Interesse Público não pode tudo comportar. Ao se falar em interesse público, necessidade pública, pretende-se, reiteradas vezes, preencher o conceito de qualquer maneira. É isso que se vem passando na prática. Entretanto, interesse público, necessidade pública, não são palavras vazias de conteúdo, palavras que não tenham núcleo semântico mínimo. Não se pode dizer que o interesse público é o escolhido pelo administrador. *Interesse Público* só pode ser o qualificado pela norma. Interesse público

nada tem a ver com o interesse do administrador (FIGUEIREDO, 2008, p.531).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual conjectura, onde, para celebrar-se um contrato que atenda uma finalidade pública, não se demonstra mais justificável, após todo processo licitatório - mesmo quando inexigível ou dispensado por lei -, planejamento, previsão orçamentária, empenho, fiscalização, etc., a Administração Pública sustar sua contraprestação e exigir que o particular suporte sozinho por um determinado prazo a execução do contrato.

Ainda que recaia sobre o particular (pessoa física ou jurídica) a responsabilidade de não comprometer um serviço, obra pública ou fornecimento, tocando-se neste ponto a submissão ao princípio da continuidade, não há como retirar da Administração Pública – titular do serviço, bem ou obra -, salvo em situações excepcionais já previstas em lei, sua própria culpa quando escusa-se de cumprir sua prestação sem uma cabal fundamentação, ou seja, sem invocar a qualquer sombra o interesse público. Situação que deve autorizar de logo o particular a buscar o Judiciário sem ser necessário suportar sozinho os ricos e ônus, posto que não pode rescindir unilateralmente o contrato, especialmente naqueles de prestação continuada.

A própria noção de interesse público não pode mais ser considerada absoluta, um remédio para todos os males dos gestores públicos, visto que a Constituição Federal estabelece garantias individuais que só podem ser restringidas por ela própria ou por um processo de ponderação de princípios diante de uma colisão de interesses, ou seja, ainda que se prevaleça o público, o privado não pode ser totalmente tolhido.

Portanto, conclui-se que a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* não encontra compatibilidade com a função social na medida que é aplicada de forma desmoderada.

Dada a importância dos objetos: serviços e obras públicas essenciais, o contrato administrativo típico, desde que se observe a razoabilidade e a proporcionalidade, deve permanecer com privilégios com fulcro na persecução do bem social, observando-se as garantias individuais. Porém, não há como sustentar tal vantagem perante os contratos da administração atípicos em relação à função social, pois há evidente

afrontamento aos princípios norteadores dos contratos de direito privado, reforçando-se com o argumento de que os objetos dos contratos atípicos encontraram-se amplamente no comércio e não são regidos pelo princípio da continuidade.

Outrossim, a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração Pública com a necessária instauração de um processo administrativo, como vem exigindo a jurisprudência, aponta-se como uma medida justa para se evitar abusos, pois, nem sempre a decisão de resolver o contrato antecipadamente, invocando a exceção e em seguida a rescisão unilateral, estaria realmente revestida de interesses públicos primários imaculados.

THE SOCIAL FUNCTION AND THE UNENFORCEABILITY OF THE *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* IN THE PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT: The confrontation between the social function and unenforceability of the *Exceptio Non Adimpleti Contractus*, one of the exorbitant clauses admitted to contracts celebrated by Public Administration, is the object of this study, motivated by the possibility of invoking this prerogative affronts socio-economic rights, especially in the current scenario of progress, incorporation of advanced technical and managerial control - expanding the concept of structured State - the presence of Judiciary and its not exclusion. Therefore, it's important to understand the notion of public interest and this clause' scope in contractual relationships that the Administration established with private without confronting the minimal social bias necessary; this situation seems to establish a certain restlessness in the homeland's doctrine and jurisprudence, highlighting that the latter has repeatedly ratified the use of this and another clauses, but imposing new limits. This study will take an approach literature, and law and doctrine homeland as main vectors.

KEYWORDS: Exorbitant clauses. *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. Social Function. Public Contracts.

Notas

¹ Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos de teoria

do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de *cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum*. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico (MEDAUAR, 2009, p.219).

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional - Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PADILHA, Ana Maria. O inadimplemento culposo e suas implicações

no âmbito dos contratos administrativos. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, 69, 1 out. 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6803>. Acesso em: 1 mar. 2012.

SANTOS, Dennys Carneiro Rocha dos. Contrato administrativo e a aplicação da exceção do contrato não cumprido. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2242, 21 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13368>>. Acesso em: 23 fev. 2012.